



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS/UNIPAC

FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS/FADI

CURSO DE DIREITO

CARLA MAGALHÃES DE FARIA

AÇÕES AFIRMATIVAS: A LEGITIMAÇÃO DO SISTEMA DE COTAS

BARBACENA

2016

CARLA MAGALHÃES DE FARIA

AÇÕES AFIRMATIVAS: A LEGITIMAÇÃO DO SISTEMA DE COTAS

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof(a). Esp. Débora Maria Gomes Messias Amaral.

BARBACENA

2016

CARLA MAGALHÃES DE FARIA

AÇÕES AFIRMATIVAS: A LEGITIMAÇÃO DO SISTEMA DE COTAS

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof(a). Esp. Débora Maria Gomes Messias Amaral
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof(a). Esp. Cristina Prezoti Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof(a). Esp. Luiz Carlos Rocha de Paula Universidade Presidente Antônio Carlos –
UNIPAC

Aprovada em 30/11/2016

Agradecimentos

Primeiramente a Deus, que proporcionou esta caminhada, ajudando a superar todos os obstáculos até aqui e que nos ilumina todos os dias.

Ao meu pai Carlos Henrique e minha mãe Eunice por todo o amor, carinho, apoio, incentivo.

Ao meu namorado por todo carinho, apoio e compreensão durante esses anos.

A minha vó Maria e minha irmã Rafaela por todo apoio, carinho e incentivo.

Aos meus amigos e as colegas de sala por todo o apoio e motivação, em especial as minhas amigas Ângela e Aline.

Aos professores, pelos ensinamentos ministrados no decorrer da minha vida, são eles os alicerces de todo o meu aprendizado.

Agradeço à professora Débora, minha orientadora, por toda atenção, dedicação, competência e ensinamentos.

E por fim, agradeço a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para realização do meu sonho e mais essa conquista em minha vida.

Muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso visa proporcionar uma introdução a um tema que tem gerado grandes controvérsias no Brasil atualmente: a implantação do sistema de cotas nas instituições de ensino e no serviço público. Para a compreensão da temática se faz necessário a compreensão de determinadas expressões relacionadas com o assunto, para que seja possível a realização de uma breve abordagem sobre a origem das ações afirmativas. Para tanto, num primeiro momento, apresentaremos do surgimento dos direitos fundamentais na sociedade, bem como sua evolução até a constitucionalização. Num segundo momento, trataremos de uma questão básica para promover a igualdade, que é o debate e a discussão sobre desigualdade e discriminação à luz das políticas de ações afirmativas, abordando assim, ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade; a ação afirmativa e a dignidade da pessoa humana; políticas de ação afirmativa na educação superior; políticas de ação afirmativa nos concursos públicos; as políticas de ação afirmativa no Brasil da lei, portarias, decretos e jurisprudências. Buscaremos contextualizar a experiência brasileira, principalmente na área da educação, em relação às cotas raciais e sociais. Nesse sentido, vamos destacar a importância da Lei Federal nº 12.711/2012, que contempla cotas raciais e sociais para afrodescendentes, indígenas e estudantes que tenham cursado integralmente o Ensino Médio nas escolas públicas e indígenas, bem como a Lei Federal de cotas raciais nº 12.290/2014, que reserva aos negros, cotas em concurso público federal para provimento de cargos efetivos e empregos públicos na administração pública Federal.

Palavras-chave: ação afirmativa, cotas raciais, acesso a cargos públicos e educação superior, direitos fundamentais

ABSTRACT

This course conclusion work aims to provide an introduction to a topic that has generated great controversy in Brazil today: the implementation of the quota system in educational institutions and in the public service. For the understanding of the subject is necessary to understand certain terms related to the subject, to be able to hold a brief discussion on the origin of actions afirmativas. Para both, at first, we present the emergence of fundamental rights in society and its evolution to the constitutionalisation, a second time, we will address a basic question to promote equality, which is the debate and discussion on inequality and discrimination in the light of affirmative action policies, addressing thus affirmative action and the constitutional principle of equality; affirmative action and the dignity of the human person; affirmative action policies in higher education; affirmative action policies in public procurement; affirmative action policies in Brazil the law, ordinances, decrees and court decisions. We seek to contextualize the Brazilian experience, especially in education, in relation to racial and social quotas. In this sense, we highlight the importance of Federal Law No. 12,711 / 2012, which includes racial and social quotas for Afro-descendants, indigenous and students who have completed high school in public and indigenous schools, and the Federal Law of racial quotas No 12,290 / 2014 reserving to blacks, shares in federal public tender for the provision of effective public offices and positions in the Federal government.

Key words: affirmative action, racial quotas, access to public officen and academic education, fundamental rights

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 DIREITO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL	10
2.1 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
3 AS AÇÕES AFIRMATIVAS	14
3.1 CONCEITO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS.....	15
3.1.1 NATUREZA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS.....	20
3.1.2 OBJETIVOS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS.....	28
4 A AÇÃO AFIRMATIVA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE -	30
4.1 A AÇÃO AFIRMATIVA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	38
4.1.1 A AÇÃO AFIRMATIVA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	42
4.1.2POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA NA EDUCAÇÃO SUPERIOR	44
4.1.3 POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA NOS CONCURSOS PÚBLICOS	52
4.2.4 AS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA NO BRASIL DA LEI, PORTARIAS, DECRETOS E JURISPRUDÊNCIAS.....	56
5 CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	61

1 INTRODUÇÃO

Ao se estudar acerca do surgimento dos direitos fundamentais na sociedade, bem como sua evolução até a constitucionalização, percebe-se a importância de tais direitos para o ordenamento jurídico e desenvolvimento da sociedade, visto que dão garantia de liberdade e dignidade humana a todos, ligando-se diretamente às ações afirmativas. As políticas públicas dedicadas à educação buscam garantir que toda a população tenha acesso ao ensino, concretizando-se os direitos fundamentais, principalmente o da igualdade, o qual se divide em duas concepções: igualdade formal e material, sendo que a primeira garante tratamento igualitário a todos perante a lei, e na segunda encontra-se a ponte entre os direitos fundamentais e as ações afirmativas, pois engloba a parte mais subjetiva do princípio. No Brasil, inúmeras ações afirmativas foram desenvolvidas ao longo dos anos, mas a promulgação da lei 12.711, de 2012, conhecida como a “lei de cotas”, causou grande impacto, pois resultou em uma enorme modificação no ingresso ao ensino superior nas instituições federais no Brasil.

A Constituição Federal declara que “todos são iguais perante a lei” [...] (art. 5º “caput”), mas a desigualdade e discriminação são históricas e permanentes, fazendo parte da atual realidade brasileira. Então, como promover a igualdade neste contexto para atender o princípio da isonomia previsto na Constituição Federal? Por um lado, este trabalho pretende analisar e/ou demonstrar que a igualdade formal não é suficiente, por si só, para efetivamente diminuir o racismo, o preconceito e qualquer outra forma de discriminação. Por outro lado, apresenta as ações afirmativas como um porto seguro para implementação de medidas compensatórias, que incluem o sistema de cotas, propondo uma discriminação positiva de inclusão social, que atenda o princípio da isonomia como base de sustentação do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, num primeiro momento, apresentaremos do surgimento dos direitos fundamentais na sociedade, bem como sua evolução até a constitucionalização, Num segundo momento, trataremos de uma questão básica para promover a igualdade, que é o debate e a discussão sobre desigualdade e discriminação à luz das políticas de ações afirmativas. Abordando assim, a ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade; a ação afirmativa e a dignidade

da pessoa humana; políticas de ação afirmativa na educação superior; políticas de ação afirmativa nos concursos públicos; as políticas de ação afirmativa no Brasil da lei, portarias, decretos e jurisprudências. Em relação às ações afirmativas e cotas vamos tratar das experiências dos Estados Unidos da América e do Brasil. No caso brasileiro, vamos destacar a importância dos programas de ações afirmativas e cotas no campo da educação, em especial no curso superior.

2 DIREITO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL

O surgimento dos direitos fundamentais está ligado diretamente a fatos históricos da sociedade. Muitos doutrinadores acreditam que a história dos direitos fundamentais é também a história da limitação do poder, pois a sua gênese se deu na luta pela dignidade e liberdade humana. Nesse sentido, Norberto Bobbio afirma que:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 1992, p.5).

Através das lutas contra o abuso do poder estatal e opressões que advieram ao longo da história da evolução humana, os direitos fundamentais foram tomando forma até sua positivação nos ordenamentos jurídicos existentes. Desde as sociedades primitivas até a sociedade atual cada uma – através de suas fontes, crenças e tradições – colaborou na construção dos direitos fundamentais. No ordenamento jurídico atual, os direitos fundamentais possuem proteção especial na Constituição Federal de 1988, pois foram incluídos no rol das cláusulas pétreas, estabelecidas no artigo 60, § 4º, inciso IV, que tem a finalidade de proteger e preservar os direitos fundamentais, para que eles não sejam extintos, ou que a sua essência não seja modificada. Tais direitos na Constituição de 1988 se apresentam logo, no preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil [...] (BRASIL, 1988a).

Os demais direitos fundamentais estão transcritos no “Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, nos artigos 5º ao 17, da Lei Maior: “Capítulo I, Dos direitos e deveres individuais e coletivos”; “Capítulo II, Dos direitos sociais”; “Capítulo III - Da nacionalidade”; “Capítulo IV - Dos direitos políticos”; “Capítulo V - Dos partidos políticos”. (BRASIL, 1988). Alexandre de Moraes classifica os direitos fundamentais da seguinte forma:

[...] direitos individuais e coletivos - correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo: vida, dignidade, honra, liberdade. Basicamente, a Constituição de 1988 os prevê no art. 5º [...];

[...] direitos sociais - caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, como preleciona o art. 1º, IV. [...]. A constituição consagra os direitos sociais a partir do art. 6º.

[...] direitos de nacionalidade - nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-se ao cumprimento de deveres impostos; [...] direitos políticos - conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no status activae civitatis, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania. Tais normas constituem um desdobramento do princípio democrático inscrito no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, que afirma que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. A Constituição regulamenta os direitos políticos no art. 14;

[...] direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos - a Constituição Federal regulamentou os partidos políticos como instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado Democrático de Direito, assegurando-lhes autonomia e plena liberdade de atuação, para concretizar o sistema representativo. (MORAES, 2006, pp. 43-44).

Os direitos fundamentais são essenciais ao ordenamento jurídico porque além de servirem de base para as demais normas constitucionais e infraconstitucionais, buscam proteger o indivíduo de arbitrariedades do Estado. No entanto, apesar de presentes no texto constitucional, acaba-se encontrando dificuldades em relação a sua real efetivação, em função disso surgem as políticas públicas de ações afirmativas, desenvolvidas em vários segmentos, as quais objetivam garantir a dignidade do indivíduo e combater à desigualdade socioeconômica e a discriminação.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são provenientes de diversas fontes como a religião ou mesmo a filosofia. Esses direitos surgiram com escopo de limitar e

controlar os abusos do poder do Estado, bem como assegurar aos cidadãos uma vida mais digna.

Os direitos fundamentais tiveram origem na antiguidade por intermédio da religião, a justificativa religiosa da preeminência do ser humano no mundo surgiu com a afirmação da fé monoteísta. A grande contribuição do povo da Bíblia à humanidade, uma das maiores, aliás, de toda a história, foi a ideia da criação do mundo por um único Deus transcendente. Porém, esse pensamento começou a sofrer alterações no século V a.C, quando nasce a filosofia tanto na Ásia quanto na Grécia e substitui-se, pela primeira vez, o 9 saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão. O indivíduo ousa exercer sua faculdade de crítica racional da realidade (COMPARATO, 2001, p. 1 - 2 e 9).

Com a transição religiosa para a filosófica surgiram os questionamentos dos mitos religiosos que até então não existiam, o homem tornou-se o principal objeto de análise e reflexão e passa a ser visto como um ser racional com uma nova posição no mundo.

A partir de então, nasce o pensamento jusnaturalista, o qual pregava que o simples fato do ser humano existir, faz com que ele seja sujeito de direitos naturais e tais direitos são inalienáveis.

O jusnaturalismo entende que o homem possui direitos independentemente do Estado, os direitos do homem são poucos e essenciais como o direito à vida e a sobrevivência, que inclui também o direito à propriedade e o direito à liberdade. Entende-se como direito à liberdade a independência em face de todo constrangimento imposto pela vontade de outro. Os direitos naturais são, portanto, os direitos que cabem ao homem em virtude de sua existência. A esse gênero pertencem todos os direitos intelectuais, e os direitos de agir do indivíduo para o próprio bem-estar. (BOBBIO, 1992, p. 73-74).

A influência das doutrinas jusnaturalistas foi extremamente importante para o reconhecimento dos direitos fundamentais nos processos revolucionários do século XVIII, de modo especial, a partir do século XVI. Já na Idade Média, desenvolveu-se a ideia de existência de postulados de cunho supra positivo que, por

orientarem e limitarem o poder atuavam como critérios de legitimação de seu exercício.

Nos séculos XVII e XVIII, a doutrina jusnaturalista, de modo especial por meio das teorias contratualistas, chega ao seu ponto culminante de desenvolvimento. Paralelamente, ocorre um processo de laicização do direito natural, que atinge seu apogeu no iluminismo e conseqüentemente ocorre o processo de elaboração doutrinária do contratualismo e da teoria dos direitos naturais do indivíduo. Nesse período se popularizou a expressão “direitos do homem” em substituição ao termo “direito naturais”. (SARLET, 1998, p. 38- 39, 41 e 57).

A consideração do indivíduo como sujeito da autonomia individual, moral e intelectual justificou a declaração dos direitos do homem. Da declaração dos direitos do homem é que surgiram os direitos fundamentais, que constituem uma esfera própria e autônoma dos cidadãos, ficando fora do alcance dos ataques legítimos do poder. Os direitos fundamentais têm uma função democrática, dado que o exercício democrático do poder se materializa pela contribuição de todos os cidadãos para o seu exercício, implica participação livre assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício envolvendo a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, econômicos e culturais, constitutivos de uma democracia, social e cultural. (CANOTILHO, 2002, p.110, 243 e 250).

O reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos serviu de fundamento para o surgimento dos direitos do homem. Ocorre que esse reconhecimento se ampliou da esfera das relações econômicas interpessoais para as relações de poder entre príncipe e súditos, quando nascem os chamados direitos públicos subjetivos, que caracterizam o Estado de direito, neste Estado o indivíduo tem, perante o Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos. (BOBBIO, 1992, p.61).

Assim, como ensina Moraes (2008, p.19), “a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que tão-somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos

humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular”.

As declarações dos direitos humanos nasceram como teorias filosóficas. A ideia estoica da sociedade universal dos homens racionais, o sábio e o cidadão não desta ou daquela pátria, mas do mundo, a ideia de que o homem tem direitos por natureza, que nem mesmo o Estado pode subtrair ou alienar. (BOBBIO, 1992, p.28).

No que tange a terminologia, direitos fundamentais, percebemos que existe certa divergência, tanto na doutrina quanto no direito positivo, pois são utilizadas expressões diversas, como direitos humanos, direitos do homem entre outras. Diante de tal controvérsia Sarlet (1998, p. 29) afirma que:

[...] a Constituição de 1988, em que pesem os avanços alcançados continua a se caracterizar por uma diversidade semântica, utilizando termos diversos ao referir-se aos direitos fundamentais. A título ilustrativo, encontramos em nossa Carta Magna expressões como: a) direitos humanos (art. 4º, inc. II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e artigo 5º, § 1º); c) direitos e liberdades constitucionais (artigo 5º, inc. LXXI) e d) direitos e garantias individuais (artigo 60, § 4º, inc. IV).

Os direitos fundamentais nada mais são do que a incorporação dos direitos do homem no ordenamento jurídico de um Estado, mas não basta que estes direitos sejam positivados é essencialmente necessário que tenham efetividade. Para Bonavides (2008, p. 561),

“os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, [...], os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado”.

“Os direitos fundamentais são o que há de se considerar como mais importante hoje em dia porque o Direito de um Estado Democrático deve ser constituído (e desconstituído) tendo como parâmetro o aperfeiçoamento de sua realização”. (WILLIS, 1997, p.9).

Muito embora, exista uma ampla doutrina acerca dos direitos fundamentais, é essencial que eles de fato sejam concretizados, mesmo que essa tarefa não seja fácil.

Não é difícil entender a razão do aparente pleonasma que existe entre a expressão direitos humanos ou direitos do homem, no entanto, nada mais é do que a própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos. Por outro lado existe uma divergência acerca dos direitos humanos e direitos fundamentais, estes por sua vez são os direitos humanos reconhecidos pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. (COMPARATO, 2001, p. 55-56).

Há quem entenda que os direitos fundamentais são os próprios direitos naturais, os direitos humanos. Porém, diante dessa diversificação terminológica, questiona-se a possibilidade de se utilizar as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais indiferentemente. Percebe-se o uso promiscuo de tais denominações na literatura jurídica, mas é preferível utilizar a expressão direitos fundamentais, pelo seu caráter mais genérico, abrangendo não só os direitos do homem, considerado em sua individualidade, mas todos os direitos consagrados na Constituição. (WILLIS, 1997, p. 36).

Há um dissídio acerca da origem dos direitos fundamentais, estabelecido entre a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem, proclamada em 2 de outubro de 1789, pelos representantes do povo francês. Esta é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdades legais dos ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. Pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais. Tanto a Declaração Francesa, quanto a Americana tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo, ao ser humano, direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis. (SARLET, 1998, p. 44-45).

Por outro lado, entende Comparato (2001, p. 47-48) que a Declaração da Virgínia de 12 de junho de 1776, constitui o registro de nascimento dos direitos humanos na história. Essa declaração reconhece solenemente que os homens são iguais, pela sua própria natureza. Treze anos depois, a mesma ideia de liberdade e igualdade dos seres humanos é reafirmada e reforçada por meio do artigo 1º da

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. Porém, faltou apenas o reconhecimento da fraternidade, ou seja, a exigência de uma organização solidária da vida em comum, o que só se logrou alcançar com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

A proclamação dessas duas Declarações foi uma forma encontrada pela burguesia de abolir os privilégios conferidos ao clero e a nobreza, portanto, a criação dos novos direitos não teve objetivo principal defender a parcela mais frágil da sociedade de então e sim, tornar o governo mais responsável perante os direitos da classe burguesa.

Com a expansão do comércio, para promover o crescimento econômico foi necessário a criação de meios que limitassem o arbítrio do poder político com o intuito de dar maior segurança e certeza na vida dos negócios. Assim, sem a criação de novos direitos não haveria a limitação do poder do Estado e certamente o capitalismo não teria prosperado.

A Revolução Francesa teve o escopo de alterar radicalmente as condições de vida da sociedade, enquanto os franceses se preocupavam em criar novos direitos, procurando estimular outros povos para seguir o mesmo caminho, os americanos se preocupavam principalmente com sua independência. Assim, foi a partir do pensamento francês, bem como com o surgimento da máquina a vapor, na Revolução Industrial, no século XVIII, que teve início a consolidação dos direitos humanos, consoante afirma Wolkmer (2003, p. 2):

[...] foi a França pós-revolucionária que reconheceu e consolidou a tese da universalização e da formalização dos direitos naturais do homem. O certo é que se estimulou, sob a égide de um Estado-Nação unificado, o processo de integração dos múltiplos sistemas legais sob o fundamento da igualdade de todos indivíduos perante uma legislação comum.

Essas duas declarações possibilitaram o reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social, como leciona Comparato (2001, p. 50) “As declarações de direitos norte-americanas, juntamente com a Declaração Francesa de 1789, representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos

sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas”.

As novas necessidades que surgiram, bem como os conflitos e os novos problemas colocados pela sociedade no final de uma era e no início de outra, levaram a concepção de novas formas de direitos, isso exigiu pensar e propor instrumentos jurídicos adequados para viabilizar sua materialização e garantir sua tutela jurisdicional. Tanto a Declaração de Virgínia (1776), quanto a Declaração Francesa (1789), tutelam novos direitos e afirmam que os homens possuem direitos naturais considerados inalienáveis e sagrados, que antecedem qualquer organização política. O processo de reconhecimento e afirmação de direitos do homem, chamados de fundamentais, constitui uma verdadeira conquista da sociedade moderna ocidental. (WOLKMER, 2003, p. 3-4).

Muito embora tanto a Revolução Francesa quanto a Declaração de Virgínia, sejam consideradas marcos históricos na positivação de direitos fundamentais, direitos que visam assegurar uma vida mais digna, livre da opressão de qualquer ente Estatal, o problema que permeia sobre tais direitos é sua eficácia, seu respeito e seu reconhecimento.

[...] direitos humanos são coisas desejáveis. Isto é fins que merecem ser perseguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda a parte e em igual medida) reconhecidos; e estamos convencidos de que lhes encontrar um fundamento, ou seja, aduzir motivos para justificar a escolha que fizemos e que gostaríamos fosse feita também pelos outros, é um meio adequado para obter para eles um mais amplo reconhecimento. (BOBBIO, 1992, p.16).

Com a Revolução Industrial, ocorreu, no século XIX, o empobrecimento e a submissão a jornadas e condições desfavoráveis de trabalho da população que migrou do campo para as cidades, com o intuito de ocupar os postos de trabalho nas indústrias, a qual, a partir de sua organização, formou uma nova classe social, o proletariado. Tal fato acabou acarretando revolta e organização da classe trabalhadora, com o propósito de reivindicar direitos e a partir de então, houve a afirmação de novos direitos humanos como a Constituição Mexicana de 1917, e a Constituição de Weimar de 1919.

Os direitos vão sendo alterados conforme o desenvolvimento da sociedade, em cada momento histórico há necessidade de novos dispositivos legais

que venham suprir as deficiências existentes naquele momento, um direito que hoje seja fundamental talvez amanhã não terá mais validade nenhuma dentro do ordenamento jurídico. Os direitos são criados, extintos conforme as pretensões da sociedade e quando criados em favor de uma categoria eles conseqüentemente suprimem ou contrapõem-se a direitos de outra.

3. AÇÕES AFIRMATIVAS

3.1. CONCEITO

Ações afirmativas é um mecanismos de concretização do direito à diferença O desrespeito às diferenças há muito está instituído e tende a permanecer ainda por muito tempo, pelo menos enquanto viger no seio social aquele sentimento negativo de marginalização, segregação e inacessibilidade. A diferença entre as pessoas humanas deve ser fator de inclusão social, porque o pluralismo é saudável, mas não é o que se vislumbra ao longo da história, a exemplo da legitimação da escravatura por milênios e a intolerância de algumas religiões.

A exclusão de milhões de pessoas por conta de alguma forma de discriminação odiosa, marcadamente em razão de fatores ligados à diferença que as singulariza (raça, cor, gênero, sanidade, origem, idade, etc.) é algo inaceitável no atual estágio da democracia, o que aponta para uma imprescindível tomada de decisões e posturas hábeis a por termo nessas desequiparações ilegítimas e, ainda, fazer valer o direito de ser respeitado enquanto ser humano diferente dos demais. Nessa esteira, como forma de se progredir rumo à superação dessas desigualdades ilícitas perpetradas e institucionalizadas em todos os tempos, surgem as ações afirmativas, também chamadas discriminações positivas.

A esse propósito, conceitua-se as ações afirmativas como instrumentos temporários de política social, provenientes tanto de entidades públicas quanto privadas, através das quais se busca a integração de certo grupo de pessoas aos diversos seguimentos sociais (econômico, cultural, educativo, etc.), objetivando acrescer sua participação nos mesmos, sem as quais tradicionalmente permaneceriam apartados por fatores como raça, sexo, etnia, deficiências física e mental ou classe social. Logicamente, como programas positivos, as políticas afirmativas têm a finalidade de “promover o desenvolvimento de uma sociedade plural, diversificada, consciente, tolerante às diferenças e democrática, uma vez que concederia espaços relevantes para que as minorias participassem da comunidade”. KAUFMANN, Ações afirmativas à brasileira. (ano 11, n. 1455, 26 jun. 2007)

Devem, contudo, submeterem-se ao crivo da razoabilidade, na medida que, consoante já estudado, condicionam-se à verificação da existência de fundamento racional entre o fator de discrimina e as medidas diferenciadoras adotadas, bem como, se tal postura harmoniza-se com os princípios e interesses constitucionalmente consagrados. Assim, as ações afirmativas assumem caráter decisivo para o processo de inclusão social de pessoas ou grupo de pessoas estigmatizadas por algum fator que as diferencia das demais, constituindo-se instrumento efetivo de concretização do direito fundamental à diferença.

As ações afirmativas ou discriminações positivas são instrumentos de promoção da igualdade material ou substancial direcionados para as minorias sociais. Termo este que se vincula a idéia de vulnerabilidade e que independe de amplitude quantitativa.

Tais ações são políticas de caráter temporário para a maior parte da doutrina (Maria José Morais Pires, Renata Malta Vilas-Bôas, Sales Augusto dos Santos). Porém, há quem defenda que podem ser temporárias ou definitivas (Sidney Madruga). Elas podem ser adotadas, impostas ou incentivadas pelo poder público, ou ainda, concebidas pela iniciativa privada. Objetivam combater desigualdades historicamente acumuladas.

Joaquim Barbosa Gomes conceitua-as da seguinte forma (2001, p. 40):

Atualmente as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Joaquim Barbosa Gomes(2001, p. 40)

Nesse mesmo sentido, a professora Carmem Lúcia Antunes Rocha (1996, p.88) diz que as ações afirmativas são “uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias”.

Ainda enfrentando o desafio de oferecer um conceito às ações afirmativas, Renata Malta Vilas-Bôas (2003, p. 29) explica que elas são medidas temporárias e especiais, tomadas ou determinadas pelo Estado, de forma compulsória ou espontânea, com o propósito específico de eliminar as desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história da sociedade, medidas estas que tem como principais beneficiários os membros dos grupos que enfrentam preconceitos.

Destaque-se que maioria dos doutrinadores afirma que as ações afirmativas devem ser de caráter temporário. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2003, p. 76) salienta que as medidas devem obedecer à regra da temporariedade, pois não visam criar um status jurídico permanente em favor de um grupo, e sim propiciar a este grupo a igualdade em relação a outros. Assim, tão logo conseguido tal objetivo de igualdade substancial, findar-se-iam as ações afirmativas.

Tal entendimento é também defendido por Roberta Fragoso Menezes Kaufmann (2007, p. 221):

É importante destacar que a adoção de políticas afirmativas deve ter um prazo de duração, até serem sanados ou minimizados os efeitos do preconceito e da discriminação sofridos pelas minorias desfavorecidas. Se as ações afirmativas visam a estabelecer um equilíbrio na representação das categorias nas mais diversas áreas da sociedade quando os objetivos forem finalmente atingidos, tais políticas devem ser extintas, sob pena de maltratarem a necessidade de um tratamento equânime entre as pessoas, por estabelecerem distinções não mais devidas. A prática de programas positivos de forma ilimitada terminaria por ser delimitada pelo subprincípio da proibição do excesso, previsto no princípio da proporcionalidade. Kaufmann (2007, p. 221)

Nesse mesmo sentido, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 4.377, de 13 de setembro de 2002, no inciso I, do art. 4º dispõe da seguinte forma:

A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados. (MENEZES, 2003, p. 57)

Sidney Madrugá (2005, p. 60) discorda da ideia de que elas são apenas temporárias. Segundo ele, essa é uma questão de fundo social e como tal, não comporta a simplicidade sustentada pelos doutrinadores que aceitam as ações afirmativas como temporárias. As discriminações positivas, ainda conforme Sidney Madrugá, estender-se-iam por um prazo extenso, quando não definitivo:

É que tal equação, de fundo social e, não matemático, não é tão simples, como parece sê-lo à primeira vista, porquanto existem grupamentos minoritários nos quais a implementação e o aperfeiçoamento constante de políticas afirmativas demandariam um lapso extenso, quando não definitivo. É o caso, por exemplo, das comunidades indígenas e de quilombolas, cujas especificações, sobretudo as diretamente relacionadas a sua identificação, saúde e habitat, requerem, por certo, o implemento de programas e políticas governamentais de caráter permanente. Diga-se o mesmo a respeito do povo cigano, cujos padrões étnico-culturais demandam, igualmente, uma constante atuação do Estado no que concerne a sua proteção, garantia e preservação, tal como dispõe o § 1º do art. 215 da Constituição Federal. Sidney Madrugá (2005, p. 60)

No que se refere à fonte de que emanam as ações afirmativas, estas podem ser de iniciativa do poder público ou de organismos privados. Na sua origem, tais ações foram concebidas como medidas de combate à discriminação, praticadas exclusivamente pelo Estado ou por seus agentes. Era a teoria do “stateaction”, que circunscrevia as ações afirmativas ao âmbito de atuação do poder público.

Nesse contexto, surgiu a indagação bem explicitada por Joaquim B. Barbosa Gomes (2001, p. 60), “deve o Estado permitir que os particulares tomem a si a iniciativa de corrigir as injustiças e discriminações do passado mediante medidas de ‘integração’ e ‘promoção’ de pessoas pertencentes a grupos sociais historicamente marginalizados?”.

A orientação atual é que pessoas e entidades privadas podem apresentar propostas e programas de discriminação positiva. Tratam-se das denominadas “VoluntaryAffirmativeActionPlans”.

3.1.1 NATUREZA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

No que se refere à natureza das ações afirmativas, analisaremos se estas se caracterizam sob a ótica de uma justiça compensatória ou de uma justiça distributiva.

Ora, afirmar que são medidas compensatórias indica que elas têm o condão de reparar injustiças praticadas no passado. Por essa teoria, admite-se que a adoção de ações afirmativas em prol de certos grupos sociais, historicamente marginalizados, fundamenta-se em uma tentativa de compensar esses grupos pelas injustiças sofridas por seus antepassados.

Joaquim Benedito Barbosa Gomes (2001, p. 62) explica que a ideia de justiça compensatória tem natureza “restauradora” e visa corrigir os efeitos perversos da discriminação sofrida por sociedades que por longo tempo adotaram políticas de subjugação de um ou vários grupos ou categorias de pessoas por outras.

Para os que apoiam essa ideia, isso seria justo porque o processo de marginalização social sofrido pelas gerações passadas tem se transmitido às gerações futuras. Nas palavras de Joaquim Barbosa Gomes (2001, p.62):

Assim, ao adotarem os programas de preferência em prol de certos grupos sociais historicamente marginalizados, essas sociedades estariam promovendo, no presente, uma “reparação” ou “compensação” pela injustiça cometida no passado aos antepassados das pessoas pertencentes a esses grupos sociais. Tal reparação se justificaria na medida em que o processo de marginalização social tem uma inegável inclinação perenizante. O preconceito e a discriminação oficial ou <<social>> de que foram vítimas as gerações passadas tendem a se transmitir às gerações futuras, constituindo-se em um insuportável e injusto ônus social, econômico e cultural a ser carregado, no presente, por essas novas gerações. Joaquim Barbosa Gomes (2001, p.62)

É certo que, juridicamente, quem causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Porém, a crítica a essa teoria de justiça compensatória funda-se no fato de que somente os diretamente lesionados poderiam pleitear a correspondente reparação e só contra quem efetivamente lhes causou prejuízo (Kaufmann, 2007, p. 223). Com efeito, a compensação deve ser paga à pessoa prejudicada por aquele que praticou o ato ilícito do qual resultou o dano.

Sendo desta forma, não temos como reparar, por exemplo, a escravidão sofrida pelos negros no passado. Pois não há como fazer isso sem promover injustiças. Afinal, responsabilizar os descendentes dos antigos senhores escravocratas por atos que não cometeram, nem endossaram, seria culpar

inocentes. Ademais, os beneficiários do programa compensatório não seriam os diretamente lesionados, mas os negros de hoje que nunca foram vítimas da escravidão.

O problema dessa teoria é bem traduzido pela professora Roberta Fragoso Menezes Kaufmann (2007, p. 222):

O problema da adoção dessa teoria para justificar a imposição de políticas afirmativas é que se afigura deveras complicado responsabilizar, no presente, os brancos descendentes de pessoas que, em um passado remoto, tiveram escravos. Ademais seria praticamente impossível, em um país miscigenado como o Brasil, identificar quem seriam os beneficiários do programa compensatório, já que os negros de hoje não foram vítimas da escravidão. Culpar pessoas inocentes pela prática de atos dos quais discordam parece promover a injustiça, em vez de procurar alcançar a equidade. Assim, a teoria compensatória não poderia ter espaço quando os indivíduos que são tratados como um grupo – o dos descendentes dos antigos senhores escravocratas – não endossaram as atitudes em relação às quais serão responsabilizados ou, então, não exerceram qualquer tipo de controle em relação a elas. Menezes Kaufmann (2007, p. 222)

Além de tudo isso, em um país tão miscigenado quanto o nosso, não há como definir quem são os descendentes de escravos e quem são os descendentes dos escravocratas. Consoante a esse entendimento, Roberta Fragoso Menezes Kaufmann ensina (2007, p. 224):

Além do que, em um país miscigenado como o Brasil, saber quem é ou não descendente de escravos nos afigura uma missão praticamente impossível. O país adotou a mão de obra escrava por um período de 300 anos, mas durante todos os 500 anos, desde o início da colonização até os presentes dias, houve uma miscigenação fortíssima entre as raças. Como o Brasil nunca conheceu leis que proibissem o relacionamento inter-racial, ou o casamento entre negros e brancos, essa prática foi amplamente difundida, e muitas vezes até motivada. Kaufmann ensina (2007, p. 224)

O outro fundamento para aplicação das ações afirmativas é a teoria da Justiça Distributiva. No meio jurídico, essa ideia é mais bem recebida que a da Justiça Compensatória. Segundo tal concepção, é necessário promover a redistribuição equânime de direitos, benefícios e obrigações entre os membros da sociedade, para com isso, mitigar as iniquidades decorrentes da discriminação. “É um pleito de justiça no presente” (Kaufmann, 2007, p. 221).

A esse respeito Joaquim B. Barbosa Gomes (2001, p.66) ensina que a noção de justiça distributiva é a que repousa no pressuposto de que um indivíduo ou

grupo social tem direito de reivindicar certas vantagens, benefícios ou mesmo o acesso a determinadas posições, às quais teria naturalmente acesso caso as condições sociais sob as quais vive fossem de efetiva justiça.

Ora, as ações afirmativas, pela teoria redistributiva, objetivam minimizar a exclusão de grupos minoritários e promover a concretização do princípio da igualdade. Nesse sentido, Roberta Fragoso Menezes Kaufmann explica (2007, p. 225):

Assim, por meio da teoria redistributiva, há um redirecionamento dos benefícios, dos direitos e das oportunidades entre os cidadãos. O Estado age de forma interventiva para poder garantir a efetivação do princípio da igualdade, porque, se nada for feito, as barreiras impostas pelo preconceito e pela discriminação dificilmente permitiriam a igualdade de acesso às melhores chances de emprego e de educação às minorias. Kaufmann explica (2007, p. 225)

Ademais, segundo Joaquim B. Barbosa Gomes (2001, p.68), entre os que defendem a tese distributivista, há os que nela vislumbram um substrato utilitarista. Estes defendem que a redistribuição de benefícios e ônus na sociedade tem o inegável “efeito de promover o bem-estar geral, eis que ao se reduzirem a pobreza e as iniquidades, tendem igualmente a desaparecer o ressentimento, o rancor, a perda do auto-respeito decorrente da desigualdade econômica” (GOMES, 2001, p.68).

Embora a tese da justiça distributiva seja sustentada pela grande maioria dos partidários das ações afirmativas, os seus detratores não a consideram convincente, “eis que nem sempre é possível identificar, dentre as diversas iniquidades sociais, quais decorreriam da discriminação racial ou sexual e quais seriam resultantes de outros fatores” (GOMES, 2001, p. 72).

Há ainda quem rejeite tanto a teoria compensatória quanto a distributivista, como Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2003, p. 171-184). Para ele, as ações afirmativas legitimam-se com base nos princípios do pluralismo jurídico e da dignidade humana, estruturadas no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Percebemos, portanto, que debates quanto à natureza das ações afirmativas dividem juristas e doutrinadores. Ressaltemos, porém, que nada obsta

que todas as correntes sejam conjugadas. A esse respeito, Sidney Pessoa Madruga da Silva (2005, p. 97) afirma:

Isto porque, ao se propor o incremento de políticas de discriminação positiva, respeitados os princípios do pluralismo e da dignidade da pessoa humana, não se deixa de levar em conta as injustiças cometidas no passado, as quais se refletem nos dias atuais na forma de desvantagens sócioeconômicas e, tampouco, deixa-se de considerar que é preciso uma distribuição mais equânime de oportunidades entre aqueles marginalizados socialmente. Sidney Pessoa Madruga da Silva (2005, p. 97).

Assim, vimos que, prioritariamente, firmam-se duas correntes quanto à natureza das ações afirmativa: a da Justiça Compensatória e a da Justiça Distributiva. A primeira tem conteúdo reparatório, destinando-se a ressarcir prejuízos causados no passado a determinado grupo social. Já a segunda, considera que as ações afirmativas caracterizam-se pela distribuição de direitos e vantagens entre a coletividade com base em critérios de equidade e proporcionalidade.

Vimos, por fim, que essas correntes podem ser conjugadas, pois nada obsta que as ações afirmativas encontrem justificativas tanto nas injustiças cometidas no passado, quanto na necessidade de distribuir benefícios, vantagens e posições que foram monopolizadas por certos grupos em razão da discriminação.

3.1.2 OBJETIVOS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

São vários os objetivos das ações afirmativas. O principal deles é o de promover a igualdade de oportunidades por meio de medidas de inclusão social tomadas, determinadas ou incentivadas pelo Estado.

Ora, o que se quer, em primeiro lugar, é a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais. Neste sentido, Cármen Lúcia Antunes Rocha (1996, p. 88) ensina:

Assim, a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos enraizados na cultura dominante na sociedade. Por essa desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento

ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias. Rocha (1996, p. 88)

Deseja-se com isso, a participação dos entes discriminados em áreas em que dificilmente conseguiriam ter acesso. Notemos ainda, que a prática dessas ações, em especial por meio de políticas públicas, funciona como um reconhecimento oficial de que as discriminações existem e precisam ser eliminadas.

Outro objetivo seria uma mudança na mentalidade dos homens, já tão acostumados com as discriminações praticadas ao longo da história e disseminadas pelos costumes e tradições.

Isso é necessário porque a discriminação do passado se arraigou na cultura e no comportamento das pessoas, apresentando efeitos persistentes. Nas palavras de Joaquim B. Barbosa Gomes (2001, p.44) entre os objetivos almejados pelas políticas afirmativas está o de “induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a idéia de supremacia e subordinação de uma raça em relação a outra”.

Com efeito, a discriminação exerce influência no psiquismo do indivíduo e, conseqüentemente, na ordem social. Comentando esse problema Fávila Ribeiro (1990, p. 62) afirma:

As situações socialmente discriminatórias crivam-se no psiquismo individual e dilatam-se por todos os tecidos sociais, refletindo condições vantajosas para uns e desfavoráveis para outros, antagonismos ostensivos ou latentes, provocando reações divergentes aos valores circulantes e diversidade nas condutas que podem, por vezes, ir às raias das transgressões. Fávila Ribeiro (1990, p. 62)

Ora, tendo isso em vista, as ações afirmativas objetivam uma maior convivência com a diversidade e uma ruptura dos estigmas arraigados culturalmente no imaginário coletivo. Dessa forma, a convivência com as minorias propiciaria condições para superação desses preconceitos.

Esse mesmo entendimento é defendido por Roberta Frago Menezes Kaufmann (2007, p.226) que ensina que as ações afirmativas, por promoverem a inserção de representantes de diferentes minorias em setores nos quais dificilmente

teriam acesso, possibilitam o surgimento de uma sociedade mais diversificada, aberta, tolerante, miscigenada e multicultural.

É esta também a opinião esposada por Cármen Lúcia Antunes Rocha (1996, p. 286), que nos diz que a convivência jurídica obrigatória faria com que a maioria se acostumassem “a trabalhar, a estudar, a se divertir etc. com os negros, as mulheres, os judeus, os orientais, os velhos etc., habituando-se a vê-los produzir, viver, sem inferioridade genética determinada pelas suas características pessoais resultantes do grupo a que pertencessem”.

Além dos já citados objetivos, as ações afirmativas buscam também eliminar o racismo institucional e as barreiras artificiais e invisíveis (glassceiling) que emperram o avanço das minorias. Dessa forma, seria possível aumentar a representatividade desses grupos minoritários nos diversos domínios da atividade pública e da privada, concretizando com isso, os princípios da diversidade e do pluralismo.

Admitindo a existência dessas barreiras, a juíza Ruth Bader Ginsburg, em seu voto perante a Suprema Corte dos Estados Unidos, por ocasião do julgamento do caso *AdarandConstructor v. Peña*, de 1995 sustentou o seguinte:

O preconceito, tanto consciente quanto inconsciente, reflete modos de pensar tradicionais e irrefletidos, e mantém vivas as barreiras cuja eliminação será requisito indispensável caso a igualdade de oportunidade e não discriminação venham genuinamente a constituir a lei e a prática desse país. (GOMES, 2001, p. 47)

A política afirmativa objetiva ainda criar personalidades emblemáticas (role models) - isto é, “exemplos vivos de mobilidade social ascendente” (GOMES, 2001, p. 48-49). Tais pessoas serviriam de exemplo para as gerações futuras de que é possível transpor obstáculos e conseguir posições de prestígio. Trata-se, portanto, de um reforço a auto-estima das minorias.

Esclareça-se, desde logo, com base nas lições de Juan Carlos Velasco Arroyo (2000, p. 219-220), que as ações afirmativas não buscam um multiculturalismo extremo. Ainda que as minorias tenham direito de manter seus costumes, sua religião e sua cultura distinta, não há que se admitir a atitude

segregacionista de formação de guetos. Pelo contrário, a ideia é justamente a de integração, ou seja, deseja-se fortalecer a consciência de que pertencemos todos a uma comunidade política comum.

Em linhas gerais, portanto, entendemos que as ações afirmativas buscam primeiramente a consecução do princípio da igualdade material, garantindo oportunidades aos indivíduos ou grupos excluídos socialmente.

Além desse objetivo principal, tais ações buscam também mudança na mentalidade dos homens, posto que preconceitos e discriminações estão arraigados culturalmente nos modos de pensar tradicionais.

Desejam ainda: uma maior convivência com a diversidade; eliminar o racismo institucional e as barreiras artificiais e invisíveis; reparar danos causados a grupos no passado e no presente; concretizar os princípios da diversidade e do pluralismo; criar personalidades emblemáticas; e fortalecer a consciência de que pertencemos todos a uma comunidade política comum.

4 A AÇÃO AFIRMATIVA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

Ao se falar em princípio da igualdade é importante ressaltar sua importância para o estado democrático de direito, de modo que, sem sua incidência dentro da sociedade, seria impossível a concreção do modelo democrático. Para J.J Gomes Canotilho, essa dimensão do princípio - a qual chama de democrática - proíbe qualquer discriminação na participação no exercício do poder político, no acesso a ele, em sua relevância, bem como no acesso a cargos públicos. CANOTILHO, J.J Gomes. 2007. Pg. 337.

É interessante trazer à tona a importância de outra dimensão tratada pelo douto escritor português. O autor ao discorrer sobre o tema resalta a importância da dimensão *liberal* do princípio da igualdade. Neste paradigma, os indivíduos são considerados como seres a ser tratados de forma igual, mais especificamente, no âmbito jurídico (ao discorrer deste modo, o autor faz menção ao que é comumente chamado de igualdade formal). Em suas palavras CANOTILHO, J.J Gomes. 2007. Pg. 337:

Na sua dimensão liberal, o princípio da igualdade consubstancia a idéia de igual posição de todas as pessoas, independentemente do seu nascimento e do seu status, perante a lei, geral e abstracta, considerada subjetivamente universal em virtude da sua impessoalidade e da indefinida repetibilidade na aplicação. CANOTILHO, J.J Gomes. 2007. Pg. 337.

O autor relata a dimensão social, a qual é demonstrada pela incidência mais propensa a vértice material. Nesta faceta do princípio, a intenção é primar por medidas que efetivem a concreção da igualdade, utilizando-se para tanto de meios incisivos, com a finalidade de reduzir as desigualdades sociais e regionais. Na grande maioria das vezes tais medidas devem ser de carácter corretivo, realizadas por meio das ações afirmativas.

O direito à igualdade é considerado a base da democracia e se reflete em inúmeros dispositivos da Constituição Federal de 1988. Inicialmente, o artigo 3.º da Lei Maior estabelece a “não-discriminação” como um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro. Em especial, o princípio da igualdade é abordado no artigo 5.º, que trata dos Direitos e Garantias Individuais, em vários de seus incisos. A igualdade constitucional que se busca é essencialmente a “igualdade material”, qual seja, a igualdade efetiva ou real perante os bens da vida humana, no dizer de Guilherme Peña de Moares (Curso de Direito Constitucional, 2ª. Ed., 2008, Rio de Janeiro: Impetus, p. 517).

Assim, não se conforma aos preceitos constitucionais o mero tratamento igualitário perante a lei, a chamada “igualdade formal”. É evidente que situações desiguais merecem tratamento desigual para que o ideal da Constituição seja alcançado. Em diversas situações, a própria Lei Maior autoriza essa “igualização” entre desiguais. Vejamos, a título exemplificativo: a proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7.º, XX e XXXI); a previsão de percentual de vagas nos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII); o tratamento penal mais rígido à prática de crime de racismo (art. 5.º, XLII); a pessoalidade e a graduação dos impostos de acordo com a capacidade econômica do contribuinte (art. 145, §1.º); a busca pela redução das desigualdades regionais e sociais como princípio informativo da economia (art. 170, VII); a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal aos idosos e pessoas portadoras de deficiência que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou

tê-la provida por sua família (art. 203, V); a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola como princípio informativo da educação (art. 206, I); a garantia de atendimento especializado na rede regular de ensino das pessoas portadoras de deficiência (art. 208, III); entre outros.

Em outras palavras, o princípio da igualdade constitucional determina que se dê tratamento igual aos que se encontram em situação equivalente e que se trate de maneira desigual os desiguais, na exata medida de suas desigualdades. Significa dizer que “a lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra” (ADI 2.716, Rel. Min. Eros Grau, j. 29-11-07, Plenário, DJE de 7-3-08). Entretanto, convém observar que “o princípio isonômico revela a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas” (Ag.Instr. 207.130/SP, j. 3-4-98) devendo atender ao princípio da razoabilidade entendido este como proibição de excesso, direito justo e valores afins.

A propósito do assunto, cumpre abordar a polêmica das “ações afirmativas” preconizadas pelo Poder Público. Por “ações afirmativas” entende-se a adoção de certas políticas públicas voltadas a eliminar desigualdades históricas, garantindo-se a igualdade de oportunidades e objetivando a reparação de discriminações ocorridas no passado. Assim, é preciso resgatar dívidas históricas que a sociedade contemporânea possui com determinados grupos que, em dado momento, foram alvo de perseguições e discriminações infundadas, sejam elas decorrentes de motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros.

A fundamentação filosófica das ações afirmativas mais aceita é a teoria da justiça compensatória, acolhida por Michel Rosenfeld e Jules Coleman, onde se afirma que “as ações afirmativas parecem ser particularmente adequadas para reconduzir as perspectivas de cada um ao ponto onde elas provavelmente estariam caso não houvesse a discriminação” (Affirmative Action and Justice: a philosophical and constitutional inquiry 1ª. Ed. New Haven: Yale University Press, 1991, p. 288). As ações afirmativas constituem um remédio amargo e de uso excepcional, porém, necessário para combater o legado da desigualdade.

Os Estados Unidos foram o primeiro país a implementar as denominadas “ações afirmativas” visando compensar práticas discriminatórias há muito enraizadas na sociedade. No Brasil, essas políticas sociais só começaram a ser implementadas com maior ênfase quando o Governo Federal instituiu o Programa Diversidade na Universidade através da Lei nº 10.558/02 com a finalidade de implementar e avaliar estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecido, especialmente dos afrodescendentes.

Como se vê, a adoção de medidas excepcionais que possam traduzir-se em ações afirmativas é reafirmação do próprio princípio da igualdade constitucional. Não que se falar em violação desse mesmo princípio, por qualquer meio de discriminação, eis que ocorre a redistribuição dos ônus e bônus entre os membros da sociedade. Nesse sentido, restou decidido pelo Supremo que o princípio da isonomia vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público e deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (MI 58, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, *j.* 14-12-90, Plenário, DJ de 19-4-91). Assim é que a igualdade deixa de ser apenas um princípio jurídico formalmente estabelecido na lei e passa a ser um objetivo constitucional a ser buscado pelo Estado e por toda a sociedade brasileira.

4.1 A AÇÃO AFIRMATIVA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. O professor TELLES JÚNIOR (2003, pp. 145-154) sobre o assunto discorre que:

Neste sentido, o direito pós positivo releu a perspectiva de “dignidade humana”, buscando uma interpretação além do que é instituído pelas regras normativas, passando a se relacionar de forma direta com relação a vontade e com os princípios. A dignidade humana, apesar de ter sido um conceito que foi absorvido pela leitura dogmática dos positivistas que a comparava como resultado natural do seguimento positivo da lei, não está efetivamente restrita à lei ou aos preceitos normativos. No pós positivismo, percebe-se que uma tomada de consciência que tente relacionar os anseios e desejos humanos com o respeito pela capacidade de criação e de orientação do próximo passa a superar determinações que classifico como “fragmentárias”, pois se tentarmos entender a noção de justo apenas pela

perspectiva legal, estamos claramente fazendo uma análise restritiva que, tal qual um fragmento, apenas dá uma resposta incompleta.

Vale ressaltar em todas as relações públicas e privadas o princípio da dignidade da pessoa humana (CF art. 1º, III), que se tornou o centro axiológico da concepção de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais (ÁVILA, 2005, p. 75).

Na esteira do pensamento de Humberto ÁVILA (2005, p. 76) o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um momento de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É uma relação de respeito junto à criação, involuntariamente da crença que se confessa quanto à sua origem. A dignidade está relacionada tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Não tem sido bucólico, entretanto, o empenho para consentir que o princípio transite de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais.

Para a professora Ana Paula BARCELLOS (2008, p. 235) a dignidade da pessoa humana é hoje considerada o pressuposto filosófico de qualquer regime democrático. Com isso, coloca-se como centro e fundamento do ordenamento jurídico, enquanto direito positivo, a dignidade da pessoa humana, matriz de todos os direitos fundamentais. Sobre a interface entre direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, leciona o professor Marcelo Lima GUERRA (2008, p. 27) :

No Estado Social, a simbiose entre direitos fundamentais e princípio da dignidade ganha destaque e relevância. A exaltação da dignidade humana e dos direitos fundamentais não pode se circunscrever à esfera teórica, devendo transpor esse âmbito para alcançar efetividade, traduzida na efetiva assecuração, a quem trabalha, da contraprestação, cujo núcleo básico é o estipêndio de salários, condição indispensável para viabilizar existência digna.

Para Ana Paula de BARCELLOS (2008, p. 194):

Há, portanto, um conteúdo mínimo que pode ser identificado no princípio da dignidade da pessoa humana, a respeito do qual ninguém tergiversará, da mesma forma como é possível dizer, em determinadas circunstâncias, que uma lei ou ato administrativo violou essa mesma dignidade, fórmula afinal da eficácia negativa que se reconhece aos princípios em geral. Não fosse possível associar qualquer conteúdo mínimo à expressão, o signo perderia seu sentido, pela absoluta incapacidade de comunicar qualquer significado.

Prossegue a autora sobre o assunto:

Em todos os níveis da vida social, do público ao privado, na atuação do Estado em geral, na economia e na vida familiar, a dignidade da pessoa humana repete-se como o valor fundamental, e concretiza-se, dentre outros aspectos, ao se assegurar o exercício dos direitos individuais sociais.

O poder Constituinte de 1988, ao referir-se à dignidade da pessoa humana como fundamento da República e do nosso Estado democrático de Direito, reconheceu categoricamente que è o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

Segundo Rubens Miranda de CARVALHO (2005, p. 903) “a dignidade, como idéia, não é suficiente como garantia, de modo que pudesse ficar fora do texto constitucional”. Por este motivo, segundo o autor, “o legislador brasileiro fê-la inserir expressamente na Constituição – art. 1º, III – além de fortalecê-lo, ao garantir direitos outros que a ela se reportam”, para que estes venham a “construir a estrutura da dignificação do homem através da garantia dada aos seus atributos, como é o caso da igualdade, da liberdade de agir, etc.”

Veja-se o entendimento de Ricardo Lobo TORRES (2005, p. 888) sobre o princípio em comento:

Da dignidade da pessoa humana exsurgem assim os direitos fundamentais que os sociais e econômicos, tanto os direitos da liberdade quanto os da justiça. A natureza de princípio fundamental faz com que a dignidade da pessoa humana se irradie por toda a Constituição e imante todo o ordenamento jurídico.

Viola-se o mínimo existencial de uma pessoa humana quando se verificar a omissão na concretização de direitos fundamentais, inerentes à dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º da CR, seara em que não há espaço de discricionariedade para o gestor público, por se tratar de encargo políticojurídico que incide sobre o ente público em caráter mandatório. Com efeito, as Constituições são criadas, segundo a doutrina maciça, em última análise, exatamente para esse fim, qual seja, o de assegurar a dignidade da pessoa humana.

Resta claro que o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constituindo-se num valor supremo

do ordenamento jurídico, representando um ponto de partida para todos os demais princípios, bem como para os direitos fundamentais do homem.

4.1.1 A AÇÃO AFIRMATIVA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O conceito de discriminação vem sendo pensado, num aspecto substancial, ensejando assim à promoção de medidas de discriminação positiva, as quais abordam o significado do termo discriminar em um “sentido inverso”, devendo ser admitido discriminar na medida e na proporcionalidade que a desigualdade necessite para alcançar a igualdade de fato. É dessa maneira que a discussão das ações afirmativas se torna necessária, tendo em vista que o conceito de igualdade material somado com as questões de “desigualdades concretas existentes na sociedade” começam a caminhar não só para a garantia legal como também para um tratamento distinto em face das situações desiguais (GOMES. Joaquim B. Barbosa. In Revista de Informação Legislativa, vol. 38, nº151, Brasília, jul./set., 2001, p. 131).

A igualdade fática adquire um papel de destaque no âmbito das ações afirmativas, contudo, a aplicação de tais medidas está longe de ser um consenso. Dentre os argumentos contrários, essas medidas afirmativas violariam o princípio da igualdade, pois “não há diferença entre discriminar para prejudicar e discriminar para “beneficiar”, mesmo porque ao benefício de uns, corresponderia o prejuízo de outros”. Além disso, há argumentos de que as ações afirmativas sozinhas não suprem o princípio da igualdade fática, dessa forma se o Estado adotar somente essas medidas o problema jamais será resolvido.

Em contrapartida, há reflexões no âmbito da inaplicabilidade de uma igualdade simplesmente formal, demonstrando, deste modo, a necessária implementação dos instrumentos legais que promovam efetivamente uma igualdade real, minimizando tanto os preconceitos como a desigualdade social desses sujeitos alvos da discriminação direta.

A concepção substancial da igualdade se manifesta como fundamental nesse cenário de ineficiência da igualdade jurídica e, também, com o advento de um novo conceito de igualdade de oportunidades, que busca a eliminação das desigualdades sociais através da justiça social, que auxiliam grupos historicamente

desfavorecidos, consagrando assim a não discriminação como base dos direitos fundamentais. Assim, a particular necessidade de cada minoria desfavorecida deve ser levada em consideração para a implementação das medidas de ações afirmativas e, por isso, a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direito, mas ao revés, para sua promoção. (GOMES. Joaquim B. Barbosa. In Revista de Informação Legislativa, vol. 38, nº151, Brasília, jul./set., 2001, p. 154).

Diante disso, no contexto dos Direitos Humanos essas ações são inseridas sob dois aspectos, o primeiro seria na forma de combater a discriminação proibindo as práticas discriminatórias e o segundo como medidas compensatórias que concretizem e acelerem o processo de igualdade, acreditando-se que o princípio constitucional da igualdade possa ser concretizado se adaptando na esfera da diferença e que por meio das ações afirmativas transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva.

Na leitura dos textos constitucionais, muitas vezes encontramos as palavras: racismo, preconceito e discriminação. Tais termos confundem-se no ordenamento jurídico, embora sejam diferentes por definição. Tendo isso em vista, procuraremos sinteticamente distingui-los.

Racismo é conceituado pelos dicionários jurídicos da seguinte forma:

RACISMO. 1. Direito penal, a) Teoria defensora da superioridade de uma raça humana sobre as demais; b) crime inafiançável e imprescritível consistente em fazer discriminação racial, sujeito a pena de reclusão; c) segregacionismo; tipo de preconceito conducente à segregação de determinadas minorias étnicas; d) ação ou qualidade de pessoa racista; e) discriminação e perseguição contra raças consideradas inferiores (Matteucci). 2. Sociologia Geral, a) Conjunto de caracteres físicos, morais e intelectuais que distinguem certa raça; b) apego à raça." (DINIZ, MARIA HELENA, in "Dicionário Jurídico", vol. 4, Editora Saraiva, 1998, p. 29)

Acrescente-se ainda essa segunda definição:

RACISMO. S.m. (Fr. racisme) Dir. Pen. Forma extremada de preconceito que leva à segregação certas minorias étnicas. Segregacionismo. Cognato: racista (adj.), que é adepto do racismo. CF. arts. 3 (IV), 4 (VIII), 5 (XLII); L 7716, de 5.1.1989...." (OTHON SIDOU, J.M., in "Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas", 2a. edição, Ed. Forense Universitária, p. 465)

Ora, racismo pressupõe a crença em uma hierarquia entre determinados grupos humanos, isto é, que haveria um grupo superior dominante e um grupo inferior dominado (MADRUGA, 2005, P. 134).

Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000, p. 57) ensina que constitui racismo propugnar a separação de etnias. Ele diz ainda que a forma comum de racismo é a afirmação da superioridade de certas raças em relação a outras, idéia antiga e que não será eliminada de um sopro pela lei. Nas palavras dele:

Na mesma linha, José Cretella Júnior (1988, p. 175) entende que racismo é a "ideologia que defende a superioridade de um grupo étnico sobre outro (arianos e não-arianos)", tendente a promover a segregação ou até mesmo a eliminação de determinados grupos étnicos, como ciganos e judeus.

Salientemos desde já que tal conceito está ligado a fatores socioeconômicos e culturais. Ou seja, a noção de racismo não está restrita a noções de ordem antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica (ABREU, 1999, p. 67).

Assim, configura racismo qualquer discriminação ilegal em relação a grupos de pessoas. Conforme deduzido pelo parquet federal no julgamento do Habeas Corpus nº 15.155 - RS (2000/0131351-7):

[...] também configura racismo qualquer discriminação ilegal em relação à grupos de pessoas, quer sejam ligadas por uma cultura e religião comuns (católicos, protestantes, muçulmanos, budistas, judeus, etc), quer sejam unidas pelos liames da mesma nacionalidade (alemães, americanos, argentinos, portugueses, israelitas, chineses, brasileiros, etc), quer sejam jungidas por laços de uma origem regional semelhante (nordestinos, sulistas, etc), quer sejam vinculadas por outros traços emocionais ou psicológicos, tais como a aparência da cor da pele (negros, índios, europeus, mestiços, etc.).

Aliás, sublinhemos que a subdivisão da espécie humana em raças, do ponto de vista genético, não é cabível, pois brancos, negros, índios e amarelos formam todos, uma só raça. A diferença genética entre um ser humano e outro - independente de seus fenótipos - é tão pequena que a genética não autoriza a

divisão em raças. Consequentemente, o termo racismo deve ter suas origens trabalhadas no âmbito sociocultural e não na biologia.

A idéia de inexistência de raça é aceita pelo Supremo Tribunal Federal, conforme julgamento do HC 82424/RS, em que foi Relator o Ministro Moreira Alves e Relator do Acórdão o Ministro Maurício Corrêa:

Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. (HC 82424 / RS - Relator: Min. MOREIRA ALVES - Relator p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA- Julgamento: 17/09/2003 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Por tudo isso, na mesma linha de entendimento do Ministro Celso de Mello, temos que o racismo é “um indisfarçável instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social”.

Fica claro também que este é um conceito político-social e não biológico. Nas palavras do Min. Maurício Corrêa:

[,,] o racismo é antes de tudo “uma realidade social e política”, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, refletindo, na verdade, em reprovável comportamento que decorre da convicção de que há entre os diversos grupos humanos uma hierarquia, suficiente para justificar atos de segregação racial, inferiorização e até mesmo de eliminação de pessoas, como ocorreu no Holocausto da Alemanha nazista.

Esclarecida essa primeira definição, é necessário entender o que é preconceito. Esse termo designa um juízo de valoração a respeito de algo que ainda não se conhece (MADRUGA, 2005, P. 137). Trata-se, portanto, de um julgamento de forma antecipada.

Registra o Dicionário Aurélio que preconceito significa:

PRECONCEITO: "1. Conceito ou opinião formada antecipadamente sem maior ponderação ou conhecimento de fatos, idéia preconcebida. 2. julgamento ou opinião formada sem se levar em conta o fato que os conteste, prejuízo. 3. Superstição, credice, prejuízo. 4. Suspeita, intolerância, ódio irracional ou aversão a outras raças, credos, religiões." -

Observe que suas consequências são suspeitas, intolerância, ódio irracional ou aversão a outras raças, credos, religiões, culturas, etnias, etc.

Ressaltemos que o preconceito tem índole subjetiva, ou seja, expressa opinião de foro íntimo. É uma postura interna preconcebida, de ordem psicológica, em relação ao próximo.

Por fim, entendamos o conceito de discriminação. Discriminar é separar, denota um ato segregacionista. Trata-se de uma distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em diferenças reais ou imaginárias.

Conforme ensinamento de Joaquim B. Barbosa Gomes (2001, p.19) discriminação constitui a valorização generalizada e definitiva de diferenças, reais ou imaginárias, em benefício de quem a pratica, não raro como meio de justificar um privilégio. Ele afirma ainda que discriminar nada mais é do que insistir em apontar ou em inventar diferenças, valorizar e absolutizar essas diferenças, mediante atividade intelectual voltada à legitimação de uma agressão ou de um privilégio.

Adelino Brandão (2003, p. 12-13) diferencia os termos preconceito e discriminação da seguinte forma:

A discriminação (segregação, separação, apartação) é ato. Como ato, pode ser observado, descrito, testemunhado. Preconceito, como a etimologia do vocábulo indica (pré+conceito) é um pré-juízo, ou seja, um pré julgamento: juízo antecipado ou a priori – opinião formada sem reflexão, conceito anterior a toda experiência ou fato: prevenção, abusão. Encarado como fenômeno psicológico-social, o preconceito é atitude; isto é: expectativa de comportamento do outro. Não pode ser fixado, fotografado, registrado, realmente. Somente pode ser inferido. Num caso de discriminação, desde que os critérios sejam comuns, todos os observadores do fato estarão forçosamente de acordo sobre ele e poderão relatar, objetivamente, o que testemunharam. Num caso de preconceito, cada observador verá e interpretará a seu modo os dados apresentados e as contradições serão inevitáveis. O que a este pareceu manifestação inequívoca de “preconceito racial”, para aquele terá sido um simples “mal entendido”, enquanto um terceiro inferirá que se trataria de preconceito, mas de outra ordem ou categoria, nada tendo de ofensivo. A discriminação envolve desigualdade de tratamento. O preconceito envolve sentimentos (antipatia, aversão, ódio, medo, insegurança, desconfiança etc.).

Fica claro até agora que o racismo é a doutrina que sustenta a superioridade de um grupo em relação a outro. Ele está na raiz do preconceito e da discriminação ilegítima. Preconceito, por sua vez, é uma ideia preconcebida, isto é, formada antecipadamente, sem maiores ponderações ou conhecimento dos fatos. Diz respeito a sentimentos e opiniões intolerantes. Ora, trata-se de algo abstrato, de índole subjetiva, que pode inclusive nunca se manifestar. Já a discriminação estabelece diferenças, separa, segrega. Esta é, portanto, uma desigualdade de tratamento.

4.1.2 AS AÇÕES AFIRMATIVAS NA EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL:

Para Gomes (2011), a educação no Brasil tem sido apontada pelos estudos, assim como pelos movimentos sociais, como um espaço onde persistem históricas desigualdades sociais e raciais, exigindo que o Estado estabeleça políticas e práticas específicas de superação desse quadro, políticas estas chamadas de Ações Afirmativas. No caso do acesso à educação superior, várias universidades públicas têm instituído sistemas especiais de ingresso em cursos de graduação dirigidos para estudantes negros, indígenas e oriundos do sistema público de ensino.

Na produção acadêmica sobre ações afirmativas e Educação, merecem destaque os artigos publicados recentemente sobre ações desenvolvidas no sentido de aumentar as chances de acesso à educação superior de jovens tradicionalmente excluídos nos processos seletivos, promovidas por universidades públicas.

O levantamento realizado sobre essas políticas desenvolvidas por universidades públicas, ora reservando vagas, ora adotando o sistema de bônus para demandas diferenciadas, indica uma ampliação dos estudos sobre o tema e uma crescente preocupação com políticas de equidade. Em levantamento feito sobre a produção intelectual em favor do tema, Souza e Portes (2015) analisam documentos que versavam sobre a implantação das políticas/ações afirmativas em 59 instituições federais de ensino superior, buscando compreender os aspectos legais do processo de implantação das políticas voltadas para o ingresso de estudantes. Das instituições analisadas no estudo, 64% adotaram essas políticas e

36% não as adotam. Neste estudo, verifica-se uma variedade de modelos que comportam singularidades nas formas de empreender os sistemas de reserva de vagas. Estes modelos se revelam nos distintos percentuais adotados, nas metodologias e na definição dos beneficiários, dentre outros. Os achados deste estudo permitem observar que as universidades tendem a adotar modelos mistos contemplando o critério de raça associado a critérios sociais.

A Organização das Nações Unidas (ONU), em julho de 2014, pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) divulgou o Relatório de Desenvolvimento Humano em sua edição de 20º aniversário intitulado: “A Verdadeira Riqueza das Nações: Vias para o Desenvolvimento Humano” (PNUD, 2014). Entre outros aspectos, o Relatório mostra que o Brasil apresenta o terceiro pior índice de desigualdade no mundo “[...] a ONU aponta como principais causas da disparidade social a falta de acesso à educação, a política fiscal injusta os baixos salários e a dificuldade de dispor de serviços básicos, como saúde, saneamento e transporte” (BETTO, 2014). Segundo Frei Betto (2014), revela-se a contradição de um país rico, porém injusto, detentor de uma das piores distribuições de renda do planeta. Ele salienta, no entanto: “nos últimos dez anos o governo investiu na redução da miséria”, o que permitiu a redução da desigualdade e, em especial, o acesso à educação de qualidade. Mesmo assim, considera que o grande desafio que se coloca para o futuro do país está no estancamento da sangria da desescolaridade (BETTO, 2010). Em relação ao Brasil atribui uma grande responsabilidade à educação com vistas à superação das desigualdades sociais.

Do ponto de vista da história da educação, é elucidativa a análise de Luiz Antônio Cunha para quem “a educação escolar brasileira é herdeira direta do sistema discriminatório da sociedade escravagista sob dominação imperial” (CUNHA, 2009, p. 31). De acordo com o autor, a educação, na sociedade imperial e nas primeiras décadas da República, tinha duas finalidades e características principais: o ensino superior voltado para a formação das elites e o ensino profissional oferecidos nas escolas agrícolas e nas escolas de aprendizes-artífices, destinado à formação da força de trabalho. Naquele contexto “a maior parte da população permanecia [...] sem acesso a escolas de qualquer tipo (CUNHA, 2009, p.

31)”. É pois, à luz desta raiz histórica que o sistema educacional brasileiro precisa ser analisado.

Assim, o Documento Básico da Conferência Nacional de Educação (CONAE) de 2014 considera que historicamente a educação pública vem sendo construída a partir dos embates político-sociais marcados pela luta em prol da ampliação, laicidade, gratuidade, obrigatoriedade, universalização do acesso, gestão democrática, ampliação da jornada escolar, educação de tempo integral e garantia de padrão de qualidade em todos os níveis.

A despeito dos desafios que ainda devem ser enfrentados, tendo em vista a plena democratização do acesso, permanência e sucesso, o sistema educacional brasileiro, a partir dos últimos anos do século XX, passou a experimentar uma ampliação do número de vagas nos seus diversos níveis. Porém não se verificou ainda, na mesma proporção, a garantia das condições necessárias para a conseqüente promoção da aprendizagem de parte significativa dos alunos que chegam às escolas. Autores, como Werebe (1994, p. 261) e Saviani (2004, p. 51), destacam ter havido significativo avanço das matrículas, a democratização do ponto de vista quantitativo, que necessita de medidas que venham sanar deficiências dessa expansão, pois não basta abrir as portas das escolas. É preciso que os que conseguem ingresso possam permanecer até concluir os estudos a que aspiram e para os quais têm capacidade (WEREBE, 1994).

A esse respeito, o Documento Base da CONAE esclarece que:

... a democratização da educação não se limita ao acesso à instituição educativa. O acesso é, certamente, a porta inicial para a democratização, mas torna-se necessário, também, garantir que todos/as os/as que ingressam na escola tenham condições de nela permanecer, com sucesso. Assim, a democratização da educação faz-se com acesso e permanência de todos/as no processo educativo, dentro do qual o sucesso escolar é reflexo da qualidade... (BRASIL, 2010, p. 57).

Atualmente, a reserva de vagas adotada por algumas universidades brasileiras tem criado debates em relação às questões sociais e raciais do país. A sociedade fica dividida em relação ao assunto. Por um lado, uma parte dela e alguns estudiosos defendem a opinião de que as universidades devem adotar essa medida que, na verdade, é emergencial e temporária, afim de “consertar” os erros do

passado. Por outro lado, outra parte discrimina a ideia porque as cotas raciais estimulam o racismo e que todos os cidadãos devem ter os mesmos direitos. Isso vem fomentando debates voltados à educação dos jovens no Brasil.

As cotas colocam em xeque e debate as polêmicas sobre o acesso dos estudantes negros e brancos à universidade, pontuando que o ensino superior não pode ser considerado privilégio de alguns e colocando em discussão a forma como a justificativa do mérito acadêmico tem se instaurado na sociedade como argumento para a não implementação das cotas raciais. De acordo com Gomes (2004, p. 45-79.) a vida acadêmica exige determinadas competências e saberes, o que é muito diferente do discurso limitado do mérito acadêmico. O discurso do mérito acadêmico nos distancia do debate sobre o direito à educação para todos os segmentos sociais e étnicos / raciais.

4.1.3 POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA NOS CONCURSOS PÚBLICOS

O Brasil, a exemplo de outros países, passou a adotar políticas de ação afirmativa com a finalidade de compensar grupos sociais que se encontram em posição desfavorável, usualmente em razão de um passado de discriminação, proporcionando-lhes a fruição de direitos fundamentais. Desde a última década, a maior parte das medidas aprovadas tinha como foco a educação, em especial o acesso às universidades públicas de alta qualidade.

Já a reserva de vagas em concursos públicos, embora já vigorasse em diversos municípios, só começou a ganhar espaço no debate social e na agenda governamental recentemente, a partir de sua implementação por parte de estados e da aprovação do Estatuto da Igualdade Racial, que prevê a aplicação de políticas de ação afirmativa como maneira a permitir a participação da população negra em condição de igualdade na vida econômica, social, política e cultural do País.

Dados do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão indicam que, apesar de representarem a metade da população brasileira, negros e pardos ocupam menos de 30% dos cargos do Poder Executivo. Nas carreiras mais bem remuneradas, como as de nível superior, a presença dos negros é ainda mais

reduzida. Em resposta a esse cenário de desigualdades, foi sancionada Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014, que reserva aos negros 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos no âmbito da administração pública federal.

A proposta de lei nº 6.728/2013 foi apresentada à presidente da República Dilma Rousseff pela então secretária de políticas de promoção da igualdade racial, Eva Maria Cella Dal Chiavon, em 04 de novembro de 2013, a qual encaminhou o projeto para apreciação da Câmara dos Deputados, em 07 de novembro de 2013.

Tal proposta previa a reserva aos negros de vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

Com regime de tramitação de urgente o projeto deveria ser apreciado em 45 dias. Foi encaminhado às Comissões de Direitos Humanos e Minorias, Trabalho, de Administração e Serviço Público e Constituição e Justiça e de Cidadania.

Com a apresentação dos pareceres, a proposta de lei aguardou pauta para votação até a data de 26 março de 2014, sendo aprovado por 314 votos, 36 votaram pela não aprovação, houve também abstenção 06 deputados, totalizando 356.

Remetido ao Senado, o Projeto de Lei da Câmara nº 29 de 2014, foi recepcionado no dia 01 de abril, e encaminhado para as Comissões de Direitos Humanos e Legislação Participativa e de Constituição, Justiça e Cidadania, deram seus pareceres a favor do projeto de lei, para que no dia 20 de abril do mesmo ano, fosse aprovada em plenário.

O projeto foi sancionado pela ex-presidente da República Dilma Rousseff, no dia 09 de junho de 2014, tendo início de sua vigência no dia seguinte, dia 10., sob nº 12.990.

A adoção das medidas de ação afirmativa e cotas é o reconhecimento de que o princípio da igualdade formal é insuficiente para garantir a plena cidadania. Podemos formular ações ou políticas afirmativas, sem utilização de cotas, pois esta

é apenas uma modalidade ou forma de ação afirmativa. As expressões ação afirmativa e sistema de cotas são tidas, frequentemente, como sinônimas, o que se revela equivocado, uma vez que a ação afirmativa é gênero do qual o sistema de cotas é apenas espécie, ainda que a mais difundida, polêmica, no âmbito da educação e do trabalho. Portanto, as cotas nasceram no bojo das ações afirmativas.

4.2. AS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA NO BRASIL DA LEI, PORTARIAS, DECRETOS E JURISPRUDÊNCIAS.

No Brasil, as políticas de ação afirmativas possuem amplo suporte constitucional. Além disso, elas possuem suporte jurídico também no Direito Internacional. Destaca-se, especialmente, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial, aliás, o Brasil é signatário (*Igualdade, diferença e direitos humanos*, 2008, p.353/354). O Decreto nº 4.228 de 13 de maio de 2002 instituiu o Programa Nacional de Ações afirmativas no âmbito da administração pública Federal; Programa de Ação Afirmativa do Ministério da Justiça, que reserva 20% (vinte por cento) de seus cargos de direção e assessoramento superior (DAS) a afro-brasileiros (Portaria 1.156/2001); Programa de Ação Afirmativa do Instituto Rio Branco, que cria “bolsas-prêmio de vocação para a diplomacia” em favor dos candidatos afrodescendentes; Programa de Ação Afirmativa no Supremo Tribunal Federal, que estabelece cota de 20% (vinte por cento) para afro-brasileiros nas empresas que prestam serviços autorizados a essa Corte (JOAQUIM, 2009, p.265).

A Lei nº 10.558, de 13 de novembro de 2002, criou o Programa de Diversidade na Universidade no âmbito do Ministério da Educação, com a finalidade de implementar e avaliar estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente dos afrodescendentes e dos indígenas brasileiros (art. 1º). Enquanto a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial foi criada pela Lei nº 10.678 de 23 de maio de 2003 para o cumprimento de tratados internacionais pelo Brasil no combate à discriminação racial.

Em 2003, a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) realizou o primeiro vestibular do país com cotas reservadas para estudantes

negros e oriundos de escolas públicas, decorrente da Lei Estadual 3708/2001 e da Lei Estadual 4151/2003, esta iniciando uma segunda etapa das ações afirmativas nas universidades fluminenses, instituindo nova disciplina sobre o sistema de cotas para ingresso nas Universidades Públicas Estaduais. Assim, a iniciativa pioneira foi amparada em lei estadual específica, que reservava o percentual mínimo de 45% das vagas dos cursos de graduação das universidades estaduais do Rio de Janeiro para “estudantes carentes” na seguinte proporção: 20% das vagas para estudantes oriundos da “rede pública de ensino”, 20% para “negros” e 5% para pessoas com deficiência, nos termos da legislação em vigor, e integrante de minorias étnicas. Tudo como forma de democratizar o acesso ao ensino superior (SCHREIBER, 2013, p.248).

A propósito, em pesquisa realizada pelo Programa de Apoio ao Estudante da UERJ, constatou-se que os alunos que entraram pelo critério de cotas tiveram, no primeiro semestre de estudo de 2003, rendimento acadêmico superior à taxa de evasão, que foi menor em relação aos alunos não cotistas (DOMINGUES, 2008, p.157).

Ainda na área da educação, em 2004, no governo Lula, foi criado o Programa Universidade para Todos – PROUNI. Política de ação afirmativa, destinada à concessão de bolsas de estudos integrais e bolsas de estudos parciais de 50% (meia bolsa) para curso de graduação e sequenciais de formação específica, em instituições privadas de Ensino Superior com ou sem fins lucrativos. Aqui, há cotas para negros e indígenas. O percentual terá que ser, no mínimo, correspondente ao percentual de cidadãos autodeclarados negros, pardos e indígenas.

Vale destacar que as instituições privadas de ensino superior também estão implementando ações afirmativas, com programas de inclusão social no ensino, programas de acompanhamento pedagógico, inclusive previsto nos projetos políticos pedagógicos. Oferecendo bolsas de estudo parciais para alunos carentes de recursos e outras iniciativas de inclusão social no ensino, promovendo igualdade racial e social (JOAQUIM, 2009, p.266).

A Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, instituiu o Estatuto da Igualdade Racial recheado de referências às ações afirmativas, ali definidas no art. 1º, inciso V como: “políticas públicas: as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais”; Inciso VI como: “ações afirmativas os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidade” (inciso VI). Em seu art. 9º: “A população negra tem direito a participar de atividades educacionais culturais, esportivas e de lazer adequadas a seus interesses e condições, de modo a contribuir para o patrimônio cultural de sua comunidade e da sociedade brasileira”. Já no art. 10, inciso I dispõe expressamente:

Para o cumprimento do disposto no art. 9º, os governos federal, estaduais, distrital e municipal adotarão as seguintes providências: I – promoção de ações para viabilizar e ampliar o acesso da população negra ao ensino gratuito e às atividades esportivas e de lazer [...]. Portanto, o dispositivo autoriza a doção pelo Governo Federal e pelos Governos Estaduais e Municipais do sistema de cotas em suas respectivas universidades públicas, sem necessidade de qualquer ato do Congresso Nacional. (SCHREIBER, 2013, p.251)

Tivemos mais de dez anos de debates, discussões com posições favoráveis e contrárias às ações afirmativas e cotas, mas finalmente temos a Lei Federal n. 12.711, de 29 de agosto de 2012, que contemplou as cotas sociais e raciais. Esta Lei dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio. Ela fixa um percentual de 50% das vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio nas escolas públicas e afirma que essas vagas serão preenchidas por autodeclarados pretos, pardos e indígenas em “proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE”. [8] Diante da flagrante diversidade entre os Estados brasileiros nesse aspecto, tal critério afigura-se, de fato, mais adequado a uma lei federal que tem aplicação em todo o território nacional (SCHREIBER, 2013, p.252).

Esta Lei 12.711/2012 foi regulamentada pelo Decreto nº 7824/2012, que define as condições gerais de reservas de vagas e a regra de transição para as instituições federais de educação superior. Temos também a Portaria Normativa nº 18/2012, do Ministério da Educação, que estabelece os conceitos básicos para aplicação da lei, prevê as modalidades das reservas de vagas e as fórmulas para cálculo, fixa as condições para concorrer às vagas reservadas e estabelece a sistemática de preenchimento dessas vagas.

A cota racial e social na educação constituiu-se como paradigma para outros Estados da Federação. Durante os últimos 12 anos, as ações afirmativas e cotas têm marcado profundamente os debates públicos e acadêmicos, chegando a mais alta Corte da justiça brasileira (STF), através de demandas judiciais e audiências públicas promovidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Este reconheceu a constitucionalidade das cotas sociais e raciais, bem como das ações afirmativas.

Em 2013, reportagem a revista *ISTOÉ* (nº 2264, de 5 de abril de 2013), com o título “Porque as cotas raciais deram certo no Brasil”, entrevistou alunos cotistas de diferente universidade pública do Brasil, que já se formaram e foram bem-sucedidos no mercado de trabalho. A propósito, cabe ao Estado promover o bem de todos, sem qualquer forma de discriminação, inclusive com ações afirmativas para atender os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que dispõe no art. 3º, inciso IV da Constituição Federal: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Vale mencionar também a Lei 12.290/2014, voltada para o mercado de trabalho, que estabeleceu cotas raciais em concurso público. A Lei reserva aos negros que se declararem pretos ou pardos no ato da inscrição, 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso público federal para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal. Semelhante ao que ocorre com os portadores de deficiência na lei constitucional e ordinária, por razões de discriminações históricas. A Lei tem o prazo de 10 anos de vigência, mas o legislativo, judiciário e órgãos públicos estaduais e municipais não foram enquadrados à lei. Salienta-se que o Conselho Federal da Ordem dos

Advogados do Brasil ajuizou no Supremo Tribunal Federal(STF) uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 41, para sanar controvérsia sobre a validade constitucional da Lei 12.990/2014 (Lei de Cotas),e hoje dia 30 de novembro de 2016 a mesma aguarda julgamento pelo STF.

5 CONCLUSÃO

Ao decorrer deste trabalho de conclusão de curso, procurou-se analisar pontos relevantes para que as políticas públicas baseadas em ações afirmativas tivessem uma eficácia social e operassem como verdadeiro instrumento jurídico concretizado. Após o decorrer do trabalho, foi possível chegar às seguintes conclusões: As Ações Afirmativas são compatíveis com o texto constitucional, pois este apresenta todos os preceitos que autorizam sua utilização para diminuição das desigualdades sociais.

O Brasil, a exemplo de outros países, passou a adotar políticas de ação afirmativa com a finalidade de compensar grupos sociais que se encontram em posição desfavorável, usualmente em razão de um passado de discriminação, proporcionando-lhes a fruição de direitos fundamentais. Desde a última década, a maior parte das medidas aprovadas tinha como foco a educação, em especial o acesso às universidades públicas de alta qualidade. Já a reserva de vagas em concursos públicos, embora já vigorasse em diversos municípios, só começou a ganhar espaço no debate social e na agenda governamental recentemente, a partir de sua implementação por parte de estados e da aprovação do Estatuto da Igualdade Racial, que prevê a aplicação de políticas de ação afirmativa como maneira a permitir a participação da população negra em condição de igualdade na vida econômica, social, política e cultural do País.

As ações afirmativas não podem ser confundidas como sinônimo dos sistemas de cotas, pois este é apenas uma espécie do gênero ação afirmativa. As ações afirmativas não devem ser criadas restritamente a um determinado grupo social e apenas de uma forma, podendo ser públicas ou privadas, devendo ter um caráter amplo, identificando todos os grupos sociais que necessitam de maiores benefícios para terem seus direitos concretizados, devendo ser realizado um grande estudo para sua aplicação e respeitados os limites do direito à igualdade para não banalizar a medida.

Destacamos a importância das primeiras experiências dos Estados Unidos da América sobre ações afirmativas no campo da educação e do trabalho,

que contribuíram para as discussões, propostas e formulações de políticas compensatórias no Brasil; mas também as experiências brasileiras sobre políticas de cotas, inclusive destacamos as cotas para beneficiar filhos de fazendeiros brancos e da elite rural, implantadas pela “Lei do Boi” nº 5465, de 3 de julho de 1968, cotas para portadores de deficiência física no mercado de trabalho do setor público, com reserva de vagas em concursos, bem como no setor privado e nas universidades, e em cotas para mulheres nas candidaturas partidárias.

Constatamos que as cotas nasceram no bojo dos direitos sociais e das ações afirmativas, no segundo momento, como medidas compensatórias temporárias, principalmente no campo da educação e do trabalho, com objetivo de eliminar desigualdades históricas acumuladas, bem como compensar perdas provocadas pela discriminação por motivos raciais, étnicos, de gêneros e outros. A propósito, somos o segundo país do mundo de maior população negra, sendo a Nigéria a primeira, justificando-se assim as medidas compensatórias para corrigir a discriminação histórica.

No caso brasileiro, o povo não é contrário às políticas de ações afirmativas e cotas. Quem as rejeita são segmentos específicos da classe média e da elite, inclusive intelectuais de setores comprometidos, que sempre foram beneficiados por terem condições financeiras e econômicas de estudarem nos melhores colégios. Mas Lei com alcance social igualitário não se cria por concordância, e sim por necessidade. Aliás, segmentos expressivos da sociedade brasileira, inclusive segmento empresarial, reconhecem que as ações afirmativas e as cotas é uma real oportunidade de inclusão social na educação e no mercado de trabalho.

REFERÊNCIAS

ABREU, Sérgio. **Os Descaminhos da Tolerância: O afro-brasileiro e o Princípio da Igualdade e da Isonomia no Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

ALBUQUERQUE, Martim de. **Da Igualdade: introdução à jurisprudência.** Coimbra: Almedina, 1993.

ANDREWS, George Reid. **Ação Afirmativa: um Modelo para o Brasil:** In: SOUZA, Jessé. *Muticulturalismo e Racismo. Uma comparação Brasil - Estados Unidos.* Brasília: Paralelo 15.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios.** São Paulo: Editora Malheiros, 2005.
BARBOSA, Rui. *Oração dos moços.* Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1956. p. 32, apud MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social.* 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

ARROYO, Juan Carlos Velasco. **Derechos de las Minorias Y Democracia Liberal:** um debate abierto. Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales. *Revista de Estudios Políticos, Madrid, n. 109, p. 219-220, jul./set., 2000.*

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais,** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços.** Ed. RidendoCastigat Mores, 2000. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/aosmoccos.html>>. Acesso em: 12 out. 2016.

BETTO, Frei. **Desigualdade social no Brasil.** *Correio do Brasil, Rio de Janeiro, 18 Ago. 2010.* Disponível em: , Acesso em: 6 out. 2016.

BELMONTE, Cláudio Petrini. **O sentido e o alcance do princípio da igualdade como meio de controle da constitucionalidade das normas jurídicas na jurisprudência do tribunal constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal do Brasil.** *Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 144, out./dez. 1999.*

BELLINTANI, Leila Pinheiro. **Ação afirmativa e os princípios do Direito – a questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **Direitos humanos e justiça social, as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX.** In: TORRES, Ricardo Lobo (Org). *Legitimação dos Direitos Humanos.* Rio de Janeiro: Renovar , 2002.

BITTAR, Eduardo C. B. **A Justiça em Aristóteles.** 2 ed, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus. 1992, p. 60.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008. BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado, 1988.

BRASIL. **Construindo o sistema nacional articulado de educação**: o plano nacional de educação, diretrizes e estratégias de ação. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DE EDUCAÇÃO (CONAE), 2010, Brasília, DF. [Trabalhos apresentados]. Brasília, DF: Ministério da Educação, 2010 a . 164p.

BRASIL. **Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. BRASIL. Senado. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado. Projeto de lei n. 13: Relatório; Relator Lucio Alcântara. 1997.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 186. Rel. ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 25.04.2012. Disponível em: Acesso em: 20 agosto. 2015.

BRASIL. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, **que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências**. Brasília, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Ação afirmativa e Direito Constitucional**. Revista Direito Público – Estudos, Conferências e Notas, n. 1, p. 131-140, jul./ago./set. 2003. Material da 3ª aula da Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL-IDP-REDE LFG.

BRANDÃO, Adelino. **Direito Racial Brasileiro**. Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Juarez de Oliveira, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. 2 ed. Saraiva, São Paulo: 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999

CANOTILHO, J.J Gomes. **Constituição da República Portuguesa anotada**. volume 1 – J.J Gomes Canotilho, Vital Moreira, - 1º Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007. Pg. 337.

CARREL, Aléxis – O Homem, esse Desconhecido. Porto: Ed. Educação Nacional, 1944.

CARVAHO. Rubens Miranda de. **Dignidade humana, o superprincípio constitucional**. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. ROSAS, Roberto. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. Princípios constitucionais fundamentais. Estudos em

homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. (Coords.) São Paulo: Lex Editora, 2005. (p.903 – p. 903-908)

Cf. Joaquim B. Barbosa Gomes. **A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro.** In Revista de Informação Legislativa, vol. 38, nº151, Brasília, jul./set., 2001, p. 131.

CUNHA, EgláisaMicheline Pontes. **Sistema universal e sistema de cotas para negros na Universidade de Brasília:** estudo de desempenho. 2006. 98 f. Dissertação (Mestrado em Educação) - Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2006.

CUNHA, Luiz Antônio. **O ensino superior no octenio FHC. Educação e Sociedade, Campinas**, v. 24, n. 82, p. 37-61, abr. 2003 Disponível em , Acesso em: 07 outr. 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, Forense, p. 175.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Direito à Diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência.** Belo Horizonte> Del Rey, 2003.

DI PIETRO, M.S. Z.**Direito Administrativo.** 20.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 727.

DIREITOS HUMANOS: instrumentos internacionais – documentos diversos. Brasília: Senado Federal-Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997.

DOMINGUES, Petrônio. **A nova abolição.** São Paulo: Selo Negro, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL: Comentários e doutrinários/Coordenador: Calil Simão Neto. Vários autores. Rio de Janeiro: J. H. Mazuno, 2011.

FARIA, Anacleto de Oliveira. **Do princípio da igualdade jurídica.** São Paulo:Ed.Revista dos Tribunais Ltda.,1973.

FAZOLI, C.E. de F. ; RIPOLI, D. C. S. . **Direitos Fundamentais: a inexistência de discricionariedade na sua prestação.** In: GÖTTEMS, C. J.; SIQUEIRA, D. P.. (Org.). Direitos fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos da Constituição Brasileira. Birigui: Boreal, p. 01 21, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos Jurídicos das Ações Afirmativas. Rev. TST. Brasília**, p. 72-79, v. 69, nº 02, jul/dez 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Golçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, Saraiva, vol. 1, 3ª ed., 2000, p. 57.

FISCUS, Ronald. **The Constitutional Logic of Affirmative Action**. Londres e Durban: Duke University Press, 1992, p. 37.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio constitucional da Igualdade** - O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GALDINO, Daniela; BERNARDINO, Joaze (orgs.). **Levando a raça a sério: ação afirmativa e universidade**. Rio de Janeiro: DP&A – Coleção política da cor (UERJ), 2004.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos – na ordem jurídica, internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

GUERRA, Marcelo Lima. **Juslaboralismo crítico**. Fortaleza: Tear da Memória, 2009.

_____. **Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GRIN, Mônica. **Esse ainda objeto de desejo**: Políticas de ação afirmativa e ajustes normativos – o seminário de Brasília. Revista Novos Estudos, Brasília, nº 59, p.172, mar. 2001.

HEINEN, Juliano **As ações afirmativas como instrumento promotor da educação**. Inclusão Social, Brasília, v. 3, n. 1, p. 24-34, out. 2007/mar. 2008.

Disponível em:

<http://revista.ibict.br/inclusao/index.php/inclusao/article/viewFile/95/113>. Acesso em: 10/09/2016.

JOAQUIM, Nelson. **Direito educacional brasileiro – história, teoria e prática**. (prefácio Agostinho Reis Monteiro). Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2009.

LACERDA, Bruno Amaro. O pensamento de Aristóteles e as reflexões jusfilosóficas atuais. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2046>>. Acesso em: 09 out. 2016.

LIMA, Jean Carlos. **Direito educacional**. São Paulo: Avercamp, 2005.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Isonomia entre os Sexos no Sistema Jurídico Nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 1993.

KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. **Ações afirmativas à brasileira**: necessidade ou mito? A implementação para negros como mecanismo concretizador de direitos fundamentais. Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1455, 26 jun. 2007. Disponível em: Acesso em: 11 out. 2016.

MASCARO, Alyson Leandro. **Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos**. São Paulo: Atlas, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MARTINS, Sergio. **Direito e legislação antirracista**. Rio de Janeiro: publicação do CEAP, 1999.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (AffirmativeAction) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MELO, Mônica de. **O princípio da igualdade à luz das ações afirmativas: o enfoque da discriminação positiva**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, ano 6, n. 25, p. 79-100, out./dez., 1998.

MIRANDA, Jorge. **Textos Constitucionais Estrangeiros**, Lisboa, 1974.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas S.A., 2004.

MORAES Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada: e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 181, apud MERENDI, Tatiana Peghin. O princípio da igualdade do Estado democrático brasileiro: os deficientes físicos e a discriminação positiva. Marília, SP: [s.n.], 2007. p. 91.

MUNANGA, Kanbele. O anti-racismo no Brasil. In. _____. **Estratégias e Política de combate à Discriminação Racial**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1996.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PISCITELLI, Rui Magalhães. **O Estado como promotor de ações afirmativas e a política de cotas para o acesso dos negros à universidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Implementação do direito à igualdade racial**. Revista de Direitos Difusos. São Paulo, v. 9, p. 1123, out., 2001.

Programa Nacional de Direitos Humanos/Fernando Henrique Cardoso -Brasília: Presidência da República, Secretaria de Comunicação Social, Ministério da justiça, 1996.

Revista **ISTO É** – Edição 2264, 5/04/2013)

RIBEIRO, Matilde (org.). **Política de Igualdade racial: reflexões e perspectivas..** São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2012.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade.** In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, v. 15, 1996.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.** São Paulo: Editora Martins Pontes, 2002.

ROSO, A.; STREY M.N.; GUARESCHI, P.; e BUENO, S.M.N. **Cultura e ideologia: a mídia revelando estereótipos raciais de gênero.** Psicologia & Sociedade: jul./dez.2002.

ROESLER, Átila da Rold. **Princípio constitucional da igualdade e ações afirmativas.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7882>. Acesso em nov 2016.

RUSSOMANO, Rosah. **Dos direitos sociais e de seu perfil na nova Constituição.** RevistaForense. Rio de Janeiro, v. 84, n. 304, p. 192, out./dez. 1998.

SANTOS, Cleber Mesquita dos. **Os direitos humanos, o Brasil e o desafio de um povo.** São Paulo: LTR, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SANTOS, Sales Augusto dos. **Ação Afirmativa e mérito individual.** In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Org.). **Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais.** Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

SILVA, Cidinha da. **Definições de metodologias para a seleção de pessoas negras em programas de ação afirmativa em educação.** In: SILVA, Cidinha da. **Ações afirmativas em educação.** São Paulo: Summus, 2003, p. 19.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio Constitucional da Igualdade.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. **Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira.** Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SISS, Ahyas. **Afro-brasileiros, cotas e ação afirmativa: razões históricas.** Rio de Janeiro: Quartet; Niterói: PENESB, 2003.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência.** 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SOWELL, Thomas. **Ação afirmativa ao redor do mundo, um estudo empírico/** tradução de Joubert de Oliveira. Brizuda – Rio de Janeiro. UniverCidade Editora, 2004.

WEREBE, M. J. G. **Grandezas e Misérias do Ensino no Brasil.** São Paulo: Ática, 1994.

WILLIS, Santiago Guerra Filho (Coord). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997. WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In LEITE, José Rubens Morato;

WOLKMER, Antonio Carlos (Coord). **Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas.** São Paulo: Saraiva, 2003.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **O Direito Quântico.** São Paulo: Ed Juarez de Oliveira, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.** (p.885-894) In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva. ROSAS, Roberto. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. **Princípios constitucionais fundamentais. Estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins.** (Coords.) São Paulo: Lex Editora, 2005.

THE EQUAL PAY ACT OF 1963 .SEC. 206, Section 6, d, 1. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/policy/epa.html>>. Acesso em:1 out. 2016.

THOTH – **Informe de distribuição restrita do senador Abdias Nascimento.** N. 1 (1997). Brasília: Gabinete do Senador Abdias Nascimento, 1997.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações Afirmativas e o Princípio da igualdade.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2016.